

29 La gestion des locaux commerciaux acquis par voie de préemption sur les fonds de commerce et les baux commerciaux



My-Kim YANG-PAYA,
avocate associée, Seban &
associés



Alexane RAYNALDY,
avocate à la Cour, Seban &
associés

1. - LE MÉCANISME DE LA RÉTROCESSION

- A. - L'acte de rétrocession
- B. - Publication de l'avis de rétrocession
- C. - Cas particulier des baux commerciaux et accord préalable du bailleur

1 - Avec le retour des consommateurs vers l'offre commerciale de proximité, la nécessité de préserver et de développer le commerce sur les territoires et, en particulier, dans les centres villes, s'est faite de plus en plus pressante.

La question de la vacance des locaux commerciaux est également perçue avec une grande acuité, tant elle peut être à l'origine de préjudices pour une rue, un quartier, voire une agglomération dans son ensemble.

Couplée à la « tertiarisation » des rez-de-chaussée commerciaux qui conduit à la disparition progressive des commerces de bouche dans certaines artères principales au bénéfice des agences bancaires, immobilières ou de travail temporaire, cette nouvelle forme de mitage urbain interpellent les élus locaux qui souhaitent agir en faveur du dynamisme commercial de leurs quartiers.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 et son décret d'application n° 2007-1827 du 26 décembre 2007, le droit de préemption dit « commercial » permet aux communes d'acquérir de façon prioritaire, dans un périmètre déterminé, des fonds commerciaux ou artisanaux, baux commerciaux et terrains¹ dont les propriétaires ont décidé la mise en vente.

C'est un outil puissant qui suscite souvent l'intérêt des collectivités désireuses de lutter contre la dévitalisation des centres villes, tout en préservant une offre commerciale diversifiée.

Cependant, sa mise en œuvre est parfois complexe. Malgré l'instauration de nombreux périmètres, moins de 500 communes

- D. - L'autorisation préalable du conseil municipal
- E. - Publication de l'acte de rétrocession

2. - LES OBLIGATIONS DE LA COMMUNE

3. - L'ABSENCE DE REPRENEUR À LA FIN DU DÉLAI DE DEUX ANS

auraient ainsi eu recours à la préemption commerciale depuis sa création.

2 - Un récent projet de loi déposé au Sénat le 3 juillet 2013 vient de proposer un « plan d'action pour le commerce et les commerçants » en 50 mesures, parmi lesquelles figure notamment une réforme du droit de préemption commercial ; plaçant ainsi la problématique de la pérennisation et de la diversité commerciale dans les centres villes au cœur de l'actualité législative et juridique².

La présente étude tend ainsi à mettre en exergue un mode ponctuel d'occupation du domaine privé par une personne publique, au travers de la gestion des locaux commerciaux acquis par la voie de la préemption commerciale.

1. Le mécanisme de la rétrocession

3 - La commune n'ayant pas vocation à devenir artisan ou commerçant, la préemption commerciale est à la fois provisoire, ponctuelle et « pour autrui » pour reprendre l'expression du Conseil d'État, la collectivité publique se muant ici en véritable « arbitre de projets privés concurrents pour l'utilisation d'un même espace à des fins d'intérêt général »³.

En application de l'article L.214-2 du Code de l'urbanisme, la Commune se trouve ainsi dans l'**obligation de rechercher un**

1. La loi de modernisation de l'économie (LME) n° 2008-776 du 4 août 2008 (art. 101) a étendu ce droit de préemption à des ventes de terrain à vocation commerciale.

2. Communiqué de presse du 19 juin 2013 n° 222, suite aux 50 mesures présentées par la ministre de l'Artisanat, du Commerce et du Tourisme, Sylvia Pinel.

3. Conseil d'État, *Le droit de préemption* : Doc. fr. 2008, p. 24.

acquéreur et doit, dans un délai de deux ans⁴ à compter de la prise d'effet de la cession rétrocéder le fonds, le bail commercial, ou le terrain à une entreprise immatriculée au registre du commerce et des sociétés, ou au répertoire des métiers ou, au titulaire d'un titre équivalent dans un autre État de l'Union Européenne.

Cette rétrocession s'inscrit donc a priori comme l'outil majeur devant permettre **la réalisation du but d'intérêt général poursuivi par la commune** : installer un repreneur en vue d'une exploitation destinée à préserver la diversité et à promouvoir le développement de l'activité commerciale et artisanale dans le périmètre concerné.

Pour trouver un repreneur, la commune doit toutefois se plier à une procédure drastique, garante d'une mise en concurrence effective, sachant qu'en pratique, dans certains secteurs, en particulier les commerces de bouche, les candidats peuvent se faire rares.

A. - L'acte de rétrocession

4 - Conformément à l'article R. 214-11 du Code de l'urbanisme, l'appel à candidature s'opère selon **un cahier des charges, qui doit être approuvé par délibération du conseil municipal.**

Celui-ci est destiné à veiller au respect des objectifs au titre de la diversité du tissu commercial car il ne faudrait pas qu'une fois en place, le nouveau commerce entrave l'intention communale.

Le non-respect des obligations prévues au cahier des charges peut ainsi entraîner la résiliation du bail et doit donc être rédigé avec le plus grand soin par la commune.

Précisons, par ailleurs, que l'acte de rétrocession doit prévoir les conditions dans lesquelles il peut être résilié en cas d'inexécution par le cessionnaire de ce même cahier des charges.

Malgré le silence des textes, **l'examen du bail et du règlement de copropriété est préalablement indispensable** pour éviter d'imposer au futur repreneur des obligations inapplicables. Par exemple, un tel règlement peut interdire dans l'immeuble certaines activités commerciales, notamment l'exploitation de cafés-bars-restaurants.

Or sur ce point, rappelons qu'un preneur peut être condamné à cesser son activité et la résiliation de son bail peut être prononcée dès lors que le règlement de copropriété interdit cette même activité⁵.

Les dispositions du cahier des charges ne peuvent pas porter atteinte aux garanties des preneurs quant aux possibilités d'ordre public que leur confère le statut des baux commerciaux, régime protecteur, et auquel le bailleur ne peut pas déroger. **Ces règles sont impératives et ne peuvent être contournées par des conventions contraires entre les parties.**

Enfin, l'acte de rétrocession d'un fonds de commerce doit naturellement être effectué dans le respect des conditions fixées par les dispositions du chapitre I^{er} du titre IV du livre I^{er} du Code de commerce.

B. - Publication de l'avis de rétrocession

5 - Au plan des formalités administratives, avant toute décision de rétrocession d'un fonds artisanal ou de commerce, du bail commercial ou du terrain, le maire doit publier un avis de rétro-

cession par voie d'affichage en mairie pendant au moins une durée de quinze jours.

Cet avis comporte les mentions obligatoires suivantes :

- un appel à candidatures ;
- la description du fonds, du bail, ou du terrain ;
- le prix proposé, et rien ne permet d'exclure qu'il puisse être inférieur au prix d'acquisition par la Commune ;
- la possibilité de consulter le cahier des charges en mairie ;
- le délai dans lesquelles les candidatures doivent être présentées.

Plusieurs interrogations restent toutefois en suspend et ne sont toujours pas traitées dans les textes, d'où de nouveaux risques pratiques : ouverture d'un recours aux candidats évincés, procédure en cas d'appel infructueux...

C. - Cas particulier des baux commerciaux et accord préalable du bailleur

6 - Une condition importante reste, en outre, à évoquer à propos des baux commerciaux : en application des articles L. 214-2 et R. 214-13 du Code de l'urbanisme, la rétrocession d'un bail commercial est subordonnée à peine de nullité, à l'accord préalable du bailleur.

Cet accord doit figurer dans l'acte de rétrocession et doit porter sur le projet d'acte accompagné du cahier des charges, transmis par le maire.

Si le bailleur veut s'opposer au projet de rétrocession, il saisit, en référé, le Président du tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble dont dépendent les lieux loués pour faire valider son opposition à la rétrocession. **À défaut d'avoir notifié à la commune, dans le délai de deux mois suivant la réception du projet d'acte, la saisine motivée de la juridiction, le bailleur est réputé avoir donné son accord à la rétrocession.**

Le délai de deux ans imparti à la commune pour procéder à la rétrocession est suspendu à compter de la notification du projet d'acte au bailleur jusqu'au recueil de l'accord du bailleur ou, à défaut d'accord, pendant la durée de la procédure jusqu'à l'intervention d'une décision juridictionnelle devenue définitive. La cession ne peut intervenir avant le terme de cette procédure, sauf accord exprès du bailleur.

Si le bailleur s'oppose à la rétrocession, cela ne manquera pas de perturber le bon accomplissement de la mission communale. La loi n'énonce à l'heure actuelle aucun critère pouvant venir justifier l'opposition du bailleur. Même s'il doit motiver un éventuel refus, celui-ci peut donc être une entrave sérieuse à la rétrocession. On peut imaginer qu'il refuse pour des raisons d'opportunité ou pour incompatibilité de la nouvelle activité à la destination des lieux mais d'autres motifs peuvent être invoqués.

D. - L'autorisation préalable du conseil municipal

7 - Si la commune réussit à triompher de tous ces obstacles, la rétrocession est ensuite soumise à l'approbation du conseil municipal en application de l'article R. 214-14 du Code de l'urbanisme,

La délibération ne peut être sommaire et se borner à approuver le principe de la rétrocession. **Elle doit indiquer les conditions de la rétrocession et les raisons du choix du cessionnaire, éléments importants en cas de contentieux.**

Celle-ci doit-elle pour autant intervenir au vu de l'avis des Domaines ?

En ne prévoyant cet avis qu'en cas de cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers, l'article L. 2241-1 alinéa 3 du Code général des collectivités territoriales n'est pas complet : « toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers par une

4. La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 a porté à deux ans (au lieu d'un an auparavant), à compter de la prise d'effet de la vente opérée suite à la préemption, le délai accordé par la commune pour rétrocéder le fonds artisanal, de commerce, le bail commercial ou le terrain à une entreprise immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au registre des métiers ou au titulaire d'un titre équivalent dans un autre État de l'Union Européenne.

5. CA Paris, 31 août 2011, n° 10/10826 : JurisData n° 2011-017844.

commune de plus de 2 000 habitants donne lieu à délibération motivée du conseil municipal portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles. Le conseil municipal délibère au vu de l'avis du service des domaines. Cet avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de ce service. »

La rétrocession est à entendre au sens d'une nouvelle cession (revente). Par conséquent, et même si les textes du Code général des collectivités territoriales n'emploient pas le terme imprécis de « rétrocession », l'avis des Domaines est nécessaire pour les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial (pour les communes de plus de 2 000 habitants) quel que soit le prix.

En revanche, rien n'est prévu pour les baux et fonds. Cependant, afin de mieux cerner le juste prix, les communes peuvent prendre l'initiative de demander cet avis qui sera du coup facultatif. L'absence de mention de cet avis dans la délibération ne pourra donc pas constituer un motif d'illégalité.

En tout état de cause, la commune doit rechercher un prix qui, le bon sens commande, doit être celui du marché. Cependant, rien ne l'impose.

Face à la difficulté de trouver un repreneur, une commune pourrait ainsi être parfois tentée de sous-évaluer la valeur du bien à rétrocéder. Mais un prix bradé serait dangereux car ce peut être une action que le juge administratif pourrait requalifier (à la suite d'un recours contre un commerçant concurrent par exemple) d'aide aux entreprises, lesquelles sont strictement encadrées par le droit des aides publiques afin de ne pas fausser le libre jeu de la concurrence.

E. - Publication de l'acte de rétrocession

8 - Enfin, en application de l'article R. 214-15 du Code de l'urbanisme, une nouvelle publicité est nécessaire dans le mois suivant la signature de l'acte de rétrocession. Le maire procède à l'affichage en mairie, pendant une durée de quinze jours, d'un avis comportant obligatoirement :

- la désignation sommaire du fonds, du bail ou du terrain rétrocédé ;
- le nom et la qualité du cessionnaire ;
- les conditions financières de l'opération.

Compte tenu des données économiques et juridiques entourant la rétrocession, malgré son prolongement à deux ans, la commune dispose ainsi d'un délai relativement court pour se mettre en quête d'un repreneur, commerçant ou artisan. Dans le cas de terrains préemptés, il s'agira pour elle, de surcroît, d'avoir en perspective un projet commercial alternatif.

2. Les obligations de la commune

9 - Durant la période transitoire de deux ans, et davantage en cas d'opposition du bailleur développée ci-dessus, l'article L. 145-2 II du Code de commerce précise que le statut des baux commerciaux n'est pas applicable au bail préempté. Ainsi, ni le bailleur, ni la commune ne pourront s'en prévaloir.

La précision n'est pas sans conséquence dès lors que le bail continue d'exister et que se pose nécessairement la question de l'exécution et du sort du bail durant cette période transitoire.

En tout état de cause, pour que le fonds conserve sa valeur et puisse être rétrocédé dans de bonnes conditions sans perte notable pour la commune ayant préempté, il doit continuer d'être exploité.

La commune reste ainsi tenue de l'ensemble des charges, clauses et conditions du contrat de bail, sauf celles qui seraient le simple rappel des dispositions statutaires.

D'ailleurs, aux termes d'une réponse ministérielle⁶, il a été précisé que « pendant ce délai, la commune se trouvera placée dans la même situation juridique et matérielle que tout propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal exerçant une activité. Ainsi, en tant que locataire, elle devra assumer vis-à-vis du propriétaire du local commercial, son bailleur, toutes les obligations découlant du contrat de bail commercial, et notamment le versement des loyers (...) ».

La commune doit donc régler le loyer à bonne date, mais elle est également tenue, si l'obligation contractuelle existe, et même à défaut, par application de l'article 1728 du Code civil lui faisant obligation « d'user de la chose louée en bon père de famille », d'exploiter le fonds, en exerçant – et il ne pourrait en être autrement à ce stade – l'activité autorisée au bail et non celle qu'elle envisage de faire exercer par le bénéficiaire de la rétrocession.

Une telle contrainte va nécessairement poser difficulté, puisque la commune n'a pas vocation à exploiter un fonds, alors qu'elle doit notamment régler les loyers et, ainsi que précisé aux termes de la réponse ministérielle susvisée, elle ne peut « en tant qu'employeur (...) procéder au licenciement des salariés éventuellement en activité lorsqu'elle a acquis la propriété du fonds ou du bail. Ces salariés sont en effet protégés par l'article L. 1224-1 du Code du travail qui énonce que les contrats de travail, seront maintenus en cas de changement d'employeur. En outre, elle devra, comme tout employeur, acquitter l'ensemble des salaires et charges sociales dues. »

En outre, rien ne semble interdire un bailleur d'agir en résiliation judiciaire du bail pour défaut d'exécution de l'une des clauses de celui-ci (autres celles qui seraient le simple rappel des règles statutaires) et/ou des obligations imposées par le droit commun des baux, sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, sauf à la juridiction d'apprécier souverainement la gravité de l'infraction.

10 - Certes, depuis la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 susvisée, de telles obligations n'ont pas nécessairement à être gérées directement par la Commune mais peuvent être assumées par un tiers dans le cadre d'une location-gérance.

La commune devra néanmoins s'assurer que la mise en location-gérance n'est pas interdite par le contrat de bail ou par une clause prévoyant une obligation personnelle d'exploiter le fonds.

En tout état de cause, ce mode de gestion, réservé à la seule préemption d'un fonds, présente certains inconvénients.

À titre d'exemple, l'article L. 144-7 du Code de commerce dispose que, jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de 6 mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds.

Face à ces réelles difficultés pratiques, le récent projet de loi susvisé⁷ propose d'étendre au droit de préemption commercial la possibilité pour la collectivité de déléguer à un opérateur, outre sa compétence pour préempter, la gestion des locaux commerciaux durant la période transitoire et ce, dans les mêmes conditions que celles déjà prévues en matière de droit de préemption urbain en application de l'article L. 121-1 et suivants du Code de l'urbanisme.

6. Rép. min. n° 20233 : JOAN Q 23 déc. 2008.

7. V. § n° 2.

En d'autres termes, outre l'exercice du droit de préemption en tant que tel, ce nouveau mécanisme présenterait l'avantage pour la commune de pouvoir déléguer la gestion du local commercial à un opérateur ayant la capacité d'exploiter un fonds ; ce qui permettrait de préserver plus efficacement la valeur dudit fonds, à tout le moins d'en limiter sa dévaluation, et d'assurer ainsi une rétrocession dans de meilleures conditions.

Mais plusieurs interrogations demeurent

En effet, quel est le sort d'un bail qui arrive à son échéance contractuelle au cours de la période transitoire, dès lors que les règles statutaires sont inapplicables ?

Le droit commun peut-il être invoqué et plus précisément les articles 1737 et suivants du Code civil ? Le bail cesse-t-il ainsi de plein droit à l'expiration du terme fixé sans qu'il soit besoin de donner congé ?

Si le preneur reste et est laissé en possession des lieux, s'opère-t-il un nouveau bail ?

3. L'absence de repeneur à la fin du délai de deux ans

11 - La loi n'organise pas l'hypothèse d'absence de repeneur trouvé par la commune dans le délai légal de deux ans.

Le décret a tenté de pallier à cette lacune : l'article R. 214-16 du Code de l'urbanisme fait alors bénéficier l'acquéreur évincé, s'il est mentionné dans la déclaration préalable, d'un **droit de priorité d'acquisition**.

Le texte précité n'indique pas à quelles conditions l'acquéreur évincé est autorisé à se porter acquéreur du fonds ou du droit au bail. La logique du dispositif voudrait qu'il s'agisse strictement des conditions inscrites dans la déclaration préalable. Mais précisément, une telle solution est assez irréaliste notamment parce que le fonds exploité pendant la période intermédiaire par la commune pourra avoir perdu, au moins partiellement, la valeur qui était la sienne lorsque les parties s'étaient initialement entendues sur les conditions de l'aliénation, rendue impossible par l'exercice du droit de préemption.

Force est de constater que l'exercice de ce droit vient réduire la liberté de la commune dans le choix du repeneur. Cette dernière pourrait devoir rétrocéder le bien à l'acquéreur qu'elle voulait, précisément, éviter.

Par ailleurs, dès lors que la commune doit poursuivre l'objectif souhaité par le législateur, faut-il alors comprendre que l'acquéreur évincé sera tenu par les activités prévues au cahier des charges, lesquelles ne semblent pas correspondre à celles qu'il souhaite exercer, dès lors qu'à l'origine de son projet, il se proposait d'acquérir le fonds de commerce ou le droit au bail pour une activité ne répondant vraisemblablement pas à l'objectif de diversité commerciale. En effet, si tel avait été le cas, il faut supposer que la commune n'aurait pas préempté.

Ainsi, quelle peut être l'utilité du droit de priorité d'acquisition octroyé à l'acquéreur évincé d'un fonds de commerce de prêt-à-porter, que la commune souhaite « transformer » en boulangerie-pâtisserie ?

En outre, le statut des baux commerciaux est de nouveau applicable, ce qui devrait permettre au bailleur de faire jouer la clause résolutoire pour non-exploitation du fonds ou encore délivrer un congé refus de renouvellement sur le fondement de l'article L.145-17 du Code de commerce, si l'infraction reprochée s'est poursuivie ou renouvelée plus d'un mois après une mise en demeure du bailleur d'avoir à la faire cesser.

Force est ainsi de constater qu'en instaurant un droit de préemption au profit des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux et les terrains, le législateur n'a vraisemblablement pas mesuré les conséquences d'un tel dispositif, tant le mécanisme s'avère complexe.

Ce dernier nécessite encore de nombreuses améliorations législatives et réglementaires avant de devenir un outil opérationnel sécurisé en matière d'aménagement commercial.

Le projet de loi a récemment été examiné en Conseil des ministres le 21 août 2013, et sera débattu au Parlement à l'hiver prochain.

Mots-Clés : Personnes publiques - Locaux commerciaux - Gestion Personnes publiques - Fonds de commerce - Préemption